

09/05/2022

Francisco Blanco López

Siempre, desde la primera ley de 1995, he tenido la sensación de que la gestión de las prohibiciones de contratar establecidas en la normativa de contratación pública es un espacio dominado por una espesa niebla. Seguramente todo empieza en la propia regulación legal que no permite una fácil inteligencia: relación abigarrada de supuestos de prohibición de contratar de diferente índole, tipos delictivos de no siempre fácil delimitación, sanciones administrativas en campos muy diversos y estableciéndose un tratamiento procedimental diferente según causa de prohibición establecido todo ello en artículos separados con muchas remisiones internas que fatigan y dificultan la comprensión...pero la razón fundamental de la susodicha niebla, seguramente, es una concatenación de incumplimientos procedimentales que deja muy debilitada la protección de las AAPP frente a empresas sin moralidad profesional ni responsabilidad social. Creo que esta espesa niebla puede estar disimulando graves incumplimientos de actuación de las Administraciones Públicas que provocarían inconsistencia en el impulso de la contratación pública estratégica. Veamos.

De entre los diferentes supuestos previstos hoy en el art. 71 LCSP que comportan la prohibición de que las personas físicas o jurídicas puedan participar en las licitaciones públicas tenemos una categoría que se refiere a la existencia de sentencias o resoluciones administrativas, ambas firmes y en materias muy conectadas con la contratación pública estratégica: serían las referidas al respeto de las normas legales en materia ambiental, laboral y social. En esta categoría podemos diferenciar dos subcategorías: una, las resoluciones y sentencias firmes que establecen expresamente un pronunciamiento declarativo de incapacidad para contratar fijando su duración y ámbito, y otra segunda subcategoría, resoluciones y sentencias que no establecen duración y ámbito o no establecen nada sobre prohibición de contratar pero que es la propia LCSP la que indica que si existen esas resoluciones o sentencias condenatorias suponen causa de prohibición de contratar que se fija en un procedimiento cuya competencia exclusiva es de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) del Ministerio de Hacienda. Veamos.

- Supuesto de sentencias o resoluciones administrativas firmes que declaran la prohibición de contratar, el plazo de duración y su ámbito.

Deben cumplirse en sus estrictos términos y sin ninguna otra consideración a partir de la fecha en que adquieren firmeza aunque no se encuentren aún inscritas en el Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE). La mecánica parece en primera instancia prístina: es el propio órgano de contratación el que constata la circunstancia y declara que la empresa que pretende licitar no puede hacerlo y así lo acuerda. Lo ha podido verificar tras consultar el ROLECE porque la circunstancia que esa empresa concreta tiene un pronunciamiento de prohibición ha sido inscrita en dicho registro. Esa inscripción deriva del cumplimiento de lo previsto en segundo párrafo del apartado 3 del art. 72 LCSP en cuanto a que, "...el órgano

judicial o administrativo del que emane la sentencia o resolución administrativa deberá remitir de oficio testimonio de aquella o copia de esta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sin perjuicio de que por parte de este órgano, de tener conocimiento de su existencia y no habiendo recibido el citado testimonio de la sentencia o copia de la resolución administrativa, pueda solicitarlos al órgano del que emanaron”.

¿Pero la realidad es ésta?. ¿Las sentencias y resoluciones administrativas firmes con declaración de prohibición de contratar que son de apreciación automática y directa por el órgano de contratación porque establecen plazo y ámbito son comunicadas a la JCCPE?. ¿Las resoluciones se inscriben en el ROLECE?. ¿Cuáles son las empresas que tiene declaradas prohibición de contratar?.

Entramos en la espesa niebla. No hay forma de saber nada a ciencia cierta. Si la JCCPE publicara una relación actualizada de las empresas en situación de prohibición de contratar sería posible el control social de esta actividad administrativa. Pero esa relación de empresas no es publicada por la JCCPE. Sólo es posible el acceso al ROLECE consultando individualmente la situación de una empresa determinada cuyos datos conocemos como su denominación social o NIF. Pero si un ciudadano, un dirigente político, un representante sindical, una empresa licitadora, quieren conocer la relación de empresas con prohibición de contratar por resolución o sentencia firme, ¿dónde pueden acceder a esa información?: a ningún sitio. No hay forma de saberlo. Entonces, ¿Cómo realizar un control social que las resoluciones y sentencias se cumplen?. ¿Cómo poder verificar que no se está contratando (contrato menor, procedimiento negociado...), con empresas que deberían tener una declaración de prohibición de contratar, advirtiendo que ese contrato es nulo de pleno derecho?. Es el momento de afirmar que no hay transparencia y por tanto no hay control.

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública (OIRESCON) en los tres informes anuales de supervisión (2019, 2020, 2021) sobre la contratación pública en España ha incluido un apartado sobre transparencia en prohibición de contratar. En el informe del año 2021 (pág. 264) y ya por tercera vez puesto que la recomendación se formula en los tres informes hasta ahora emitidos, con una delicadez exquisita más cercana a la ineficacia atendiendo la amnesia del destinatario durante tres años como digo, afirma que (el subrayado es mío), “Por lo demás, al objeto de dotar de una mayor transparencia, pudiera ser de interés el mantenimiento de un listado de empresas incursas en prohibición para contratar, a salvo (sic) de las derivadas de delitos e infracciones administrativas, accesible sin necesidad de consultas concretas al Registro, sin perjuicio de la debida protección de datos personales que correspondiese en cada caso”. En el Informe de supervisión del año 2019 se añadía que (luego no se repite en informes posteriores), “...a lo que se podría añadir a título puramente informativo de cara al ciudadano la posibilidad de enlazar esta página con otras de las distintas CC.AA”. No acabamos de entender qué quiere decir “a salvo de” pero es claro que debería informarse de todas las declaraciones de prohibición de contratar con detalle de su causa legal y del delito o infracción legal como indica el informe 2021 de la OIRESCON (pág. 260). Sólo así puede realizarse un análisis de cumplimiento normativo.

Habrá quien llegados a este punto se plantee que quizás la medida de publicidad puede suponer una estigmatización añadida de la empresa afectada pero parece que inmediatamente podrá argüirse que la transparencia y la publicidad activa y el control democrático de la actividad administrativa en un espacio como la contratación pública que carga con la preocupación del índice elevado de corrupción y el esfuerzo por lograr la integridad deben superar esa supuesta afectación al prestigio de la empresa ya afectado por la sentencia o

resolución condenatoria. Puede también argüirse que se publican las listas de morosos con la Hacienda pública, se publican las empresas sancionadas por infracciones en materia laboral, pero la JCCPE no publica las empresas en situación de prohibición de contratar. Pero, hay un argumento más definitivo: algunas CCAA sí publican la lista de empresas que los órganos de contratación de su ámbito territorial han declarado en prohibición de contratar. Efectivamente, con un acceso más diáfano o más rocambolesco y generalmente en formatos electrónicos no reutilizables puede accederse a esos listados que facilitan, por ejemplo, Andalucía, Aragón, Cataluña, Extremadura, Murcia, Valencia.

- Supuesto de sentencias o resoluciones administrativas firmes que, al dictarse en determinados ámbitos, la LCSP obliga a la JCCPE a tramitar un expediente para declarar la prohibición de contratar, el plazo de duración y su ámbito.

En la última Memoria de la Dirección general del Patrimonio del Ministerio de Hacienda referida al año 2020, la Secretaría Técnica de la JCCPE afirma (pág. 106) que en materia de tramitación de expedientes de prohibiciones de contratar (el subrayado es mío), “La mayor parte de la documentación recibida se corresponde con sentencias penales relativas a delitos contra la Hacienda Pública, si bien, se ha incrementado el número de resoluciones sancionadoras, especialmente en materia laboral o social, al sumarse a ello las Comunidades Autónomas de La Rioja, Aragón y la Comunidad de Madrid. **El resto de autonomías no comunica estas resoluciones, con lo que no es posible la tramitación de los procedimientos de prohibición de contratar**”. Seguidamente se afirma en relación con la tramitación de los expedientes de prohibición de contratar en ese ejercicio que, “De los 609 expedientes tramitados, se iniciaron 219 mientras que 390 fueron archivados por diversas causas”. No se informa en absoluto de las causas de archivo. Debe destacarse que según se informa en esta memoria la JCCPE cuenta con una aplicación informática específica para la gestión de los expedientes de prohibición de contratar, “Procontra”, que, afirma la JCCPE, ya comunica electrónicamente al ROLECE las resoluciones de prohibición de contratar.

Quiere decirse que respecto a la previsión del art. 71.1.a) LCSP la mayoría de las prohibiciones de contratar se refieren a delitos contra la Hacienda Pública. Pero, ¿qué ocurre con las sentencias firmes por comisión de delitos por ejemplo de tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio?. ¿Se comunican desde los órganos judiciales a la JCCPE? ¿Cuáles son las empresas en prohibición de contratar por estos motivos?: niebla.

Respecto la previsión del art. 71.1.b) LCSP y si nos detenemos en los supuestos de prohibición de contratar por resoluciones administrativas firmes “por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto” hemos visto la declaración de la JCCPE en la memoria citada, que no se tramita procedimiento alguno porque las CCAA (excepción de Aragón, La Rioja y Madrid) no comunican a la JCCPE dichas resoluciones. Y recuérdese que de acuerdo con el art. 72.3 LCSP es exclusivamente la JCCPE del Ministerio de Hacienda la competente para la instrucción de dichos expedientes. Reiteramos lo que prescribe el art. 72.3 LCSP en cuanto a que, si las resoluciones sancionatorias no se comunican, “...sin perjuicio de que por parte de este órgano, de tener conocimiento de su existencia y no habiendo recibido el citado testimonio de la sentencia o copia de la resolución

administrativa, pueda solicitarlos al órgano del que emanaron”. Un simple repaso por internet permite leer las relaciones de empresas con sanciones por faltas muy graves en las materias referidas adoptadas por los órganos autonómicos. En fin, la cuestión es articular con los organismos autonómicos competentes en la adopción de las sanciones la remisión periódica de la información y definir los documentos necesarios.

Una posible concomitante en este ambiente poco activo que se evidencia con flagrante omisión del cumplimiento normativo en el mejor estilo del “unos por otros la casa sin barrer” es que ciertamente, la tramitación de los procedimientos para la eventual declaración de prohibición de contratar requiere dar audiencia a la empresa afectada, activar en trámite de audiencia los mecanismos de justificación por la empresa de eventual pago de la multa y adopción de medidas de cumplimiento normativo y “la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones”, incluyendo programas de clemencia en materia de competencia. Además, la declaración de prohibición de contratar podrá ser revisada posteriormente en cualquier momento si la empresa acredita la adopción de dichas medidas, según previene el art. 72.5 LCSP. Se requiere una disposición de medios humanos y una infraestructura electrónica adecuada para interconectar organismos lo que si se tratara de una actuación recaudatoria seguramente se abordaría con mejor diligencia que la que se evidencia en el campo que nos ocupa.

¿Y el resto de resoluciones administrativas sancionadoras por infracción grave, por ejemplo, en materia medioambiental, son comunicadas a la JCCPE y se tramita expediente de prohibición de contratar?: niebla.

Por último, podemos tratar otra cuestión que no es baladí. ¿Existe coordinación entre las bases de datos de los registros estatal y autonómicos de licitadores como exige el art. 345 LCSP?. El Informe año 2021 de la OIRESCON afirma (pág. 193) que en el ámbito del ROLECE no hay convenio de coordinación con las CCAA de Cataluña, Navarra y País Vasco y están decaídos sin renovar los convenios de colaboración con Andalucía, Canarias, Galicia. Creo que los dos párrafos del art. 345 LCSP se incumplen y los reproduzco:

*El Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público y los Registros de licitadores y empresas clasificadas de las Comunidades Autónomas se facilitarán mutuamente la información relativa a las prohibiciones de contratar en ellos inscritas.*

*Mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública se establecerán el procedimiento y las especificaciones necesarias para el intercambio de dicha información por medios electrónicos.*

No es de extrañar así que en la página en internet del Registro electrónico de licitadores de la Generalitat de Cataluña de información de las empresas en situación de prohibición de contratar se contenga esta advertencia que reproduzco traducida del catalán: “AVISO: En este listado constan las prohibiciones de contratar declaradas en el ámbito de Cataluña que los órganos de contratación han notificado al RELI para su inscripción. En todo caso, para confirmar la ausencia de prohibición de contratar de una empresa en el ámbito del territorio catalán, es necesario también consultar al ROLECE para comprobar que no conste inscrita ninguna prohibición declarada en el ámbito estatal para el conjunto de todo el sector público.” Es decir que un agobiado gestor de la contratación en Cataluña debe consultar a dos registros para asegurarse de la situación de la empresa o, quizás, olvidarse del ROLECE e incurrir en un grave incumplimiento normativo.

En fin, las colaboraciones en este Observatorio son, por motivos de espacio, simples guiones de

un argumentario más extenso. No realizo referencia a la activación (o no) por los órganos de contratación de las circunstancias determinantes de prohibición de contratar vinculadas al desarrollo del contrato concreto. Es realmente otro capítulo digno de estudio que podría comenzar con esta reflexión de la OIRESCON en su informe de 2021 (pág. 259): “Resulta difícilmente comprensible la escasa incidencia de los citados supuestos vinculados a los procedimientos de contratación, sobre todo teniendo en cuenta el gran volumen de contrataciones anuales”. Ahí lo dejo.

Vayamos a resumir:

- Seguramente se requiere una revisión de la regulación legal sobre prohibiciones de contratar tanto en la definición de las circunstancias causa de prohibición como en el procedimiento de declaración. En cuanto al procedimiento es posible que hubiera que revisar la exclusiva competencia de la JCCSPE en la declaración por sanciones administrativas firmes en materia social y laboral implicando a las Juntas Consultivas autonómicas en función del ámbito territorial del órgano que adopta las sanciones.
- Es trascendental articular la comunicación a las Juntas Consultivas por parte de los órganos implicados de las sentencias y resoluciones que provocan prohibición de contratar y activar con rigor los procedimientos declarativos de prohibición de contratar. La interconexión electrónica de bases de datos en el marco de la Administración electrónica es la solución más eficiente.
- Deben publicarse en formato electrónico reutilizable la relación de empresas en situación de prohibición de contratar detallando el tipo delictivo o la materia en que se dicta la sentencia o resolución sancionatoria y órgano remitente.
- La Sección del Comité de Cooperación de la JCCPE referida al funcionamiento del ROLECE prevista en art. 329.3.c) LCSP debiera entrar (si es que dicha Sección efectivamente existe) en esta materia y garantizar la interconexión de las bases de datos de los registros de licitadores.